



DERECHO Y MORAL IMPLICACIONES ACTUALES: A MODO DE INTRODUCCIÓN*

Andrés OLLERO

El problema planteado por la relación entre derecho y moral no es ciertamente novedoso, aunque las peripecias cotidianas le confieran en España una notable, y quizá no del todo venturosa, actualidad. No en vano la respuesta a tan compleja cuestión llegó a convertirse en seña identificadora dentro de la más añeja polémica de la teoría del derecho: la planteada entre *iusnaturalistas* y *positivistas*.

El resultado fue, por cierto, bastante diverso del que los menos informados tienden a convertir en tópico. Parece hoy, en efecto, como si la posibilidad de someter a crítica moral las normas jurídicas fuera un desvarío *iusnaturalista* contrario a los fundamentos *positivistas* del Estado moderno. No hace mucho, desde altas instancias gubernamentales, se presentaba con desenvoltura como inconcebible la posibilidad de objetar en conciencia la obediencia a una ley. Mi perplejidad fue total. Siendo la ley el único vínculo para la libertad imaginable en un Estado democrático, respecto a qué otra instancia cabría objetar... Pero no menos perplejo se mostraría el mismísimo Norberto Bobbio, que motejaba como “positivismo ideológico”¹ a la pretensión, para él ridícula, de que la conciencia pudiera sentirse obligada moralmente a obedecer toda norma jurídica, por el mero hecho de serlo. Más allá llegaría incluso el *positivista* jurídico español por excelencia: Felipe González Vicén: “mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia”².

* El contenido de esta aportación fue expuesto en la sesión inaugural del I Congreso de Juristas Católicos celebrada en Madrid el 18 de septiembre de 2009.

1. BOBBIO, N., “Sul positivismo giuridico”, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 105-106.

2. “El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tiene para la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en un sentido ético, que

Es, por el contrario, distintivo de la tradición iusnaturalista la convicción de que la norma jurídica goza de una presunción de obligatoriedad moral, que sólo en patológicas circunstancias estaría justificado cuestionar. Resulta lógico, ya que se considera la pacífica convivencia social como moralmente valiosa y la norma jurídica como su decisivo instrumento. Aristóteles llega a cuestionar los cambios legislativos, apuntando que han de “requerir mucha precaución”. en la medida en que pudieran afectar a la estabilidad de un orden social moralmente relevante³. Es obvio pues que desde la perspectiva iusnaturalista, que el catolicismo ha hecho propia, resulta más problemática y condicionada la crítica moral de la ley que desde el positivismo jurídico.

A nadie puede extrañar que el derecho a la objeción de conciencia apareciese bien pronto vinculado a la libertad ideológica y religiosa⁴, esencial tras las revoluciones modernas en cualquier Estado liberal. Se llegó a convertir en reivindicación emblemática de una izquierda poco propicia al militarismo y siempre abierta al respeto de las minorías religiosas, por atípicas que resultaran sus prácticas.

Lo curioso es que cuando el positivismo se ha visto obligado a revisar sus puntos de partida, para no convertirse en una antigualla en el marco de los actuales Estados constitucionales, ha debido ante todo revisar su planteamiento de la relación entre derecho y moral, dando paso a esa novedosa versión rotulada como *positivismo jurídico inclusivo*. Se partió de la rocosa convicción de que la moral no tenía nada que ver con el derecho, cuya

debamos cumplirlo; como no hay una obligación ética de cumplir los usos y convencionalismos sociales”. GONZÁLEZ VICÉN, F., “La obediencia al derecho”, en *Estudios de filosofía del derecho*, Facultad de Derecho, La Laguna, 1979, pp. 386-388.

3. Considera que “deberán pasarse por alto algunos fallos de los legisladores y de los gobernantes, pues el cambio no será tan útil como dañino el introducir la costumbre de desobedecer a los gobernantes”, ya que “la ley no tiene otra fuerza para hacerse obedecer que el uso, y éste no se produce sino por el transcurso de mucho, de modo que el cambiar fácilmente de las leyes existentes a otras nuevas debilita la fuerza de la ley”. *Política*, libro II, 1269^a; (trad. de J. Marías y M. Araujo), Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1951, pp. 50-51.

4. Así lo hizo con meridiana claridad el Tribunal Constitucional español, aunque veinticuatro años después el Tribunal Supremo no se haya dado por enterado; en su sentencia 53/1985 de 11 de abril, F.14: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación [legal]. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

capacidad vinculante derivaría sólo de su fuente formal y no de su contenido material. Valga como referencia Hobbes, que hace estribar la moral en consejos y al derecho en mandatos⁵, o siglos después Kelsen⁶. De ahí se ha pasado al reconocimiento de que no es imaginable un derecho ajeno a la moral; lo que habría que discutir es cómo cabe determinar qué contenidos morales habrían de ser acogidos por las normas jurídicas. De un derecho al margen de la moral se ha pasado a plantear: un derecho con qué moral...

Se convierte así en indiscutible la vinculación del derecho a lo justo. ¿Qué otro sentido puede tener la previsión constitucional (artículo 53 CE) de que el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales condicione de modo vinculante al legislador democrático? Estas exigencias de lo justo remiten por supuesto a un determinado concepto de lo bueno. Para Rawls, por ejemplo, no hay la menor duda al respecto: "Quizá algunos piensen que una tal concepción no tiene que ver con lo bueno y lo malo en materia moral. Tal opinión constituye un error y una falsedad. Las concepciones políticas de la justicia son en sí mismas ideas morales"⁷.

Nada de esto implica proponer una identidad entre exigencias morales y jurídicas. El derecho se sitúa dentro de un marco ético, pero con la modesta finalidad específica de garantizar una pacífica convivencia. Encarna pues un *mínimo ético*, bien alejado de cualquier intento de hacer al ciudadano, feliz, exitoso o santo. Asunto distinto es cómo cabe determinar qué exigencias van a tener una dimensión exclusivamente moral, en cuya apreciación la conciencia individual resultará decisiva, y cuáles vincularán jurídicamente al conjunto de los ciudadanos. Sin duda ello exigirá la formulación de un juicio moral que descarte la posibilidad de privatizar tales exigencias, al considerarlas por su pública relevancia integradas en lo justo, partiendo —conscientemente o no— de una concepción de lo bueno. Sin perjuicio del principio de mínima intervención penal, será por ejemplo la relevancia moral del bien de la vida la que exija la protección jurídica de la del no nacido.

5. "Debemos buscar la diferencia entre consejo y mandato. El consejo es una orden a la que obedecemos por una razón que deriva de la cosa misma que se ordena. El mandato, en cambio, es una orden a la que obedecemos en razón de la voluntad de quien manda". HOBBS, T., *De cive XIV*, 1 (trad. de A. Catrysse, con introducción de N. Bobbio), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, p. 217.

6. Estudié esta relación entre Hobbes y Kelsen en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, 2ª ed., pp. 84-91.

7. RAWLS, J., "Una revisión de la idea de razón", en *El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 198, nota 20.

La delimitación de lo jurídico encierra pues, aunque a veces pueda pasar inadvertido, un problema moral. El nacimiento de tipos penales como el delito fiscal o el ecológico derivan de la acentuación de la relevancia moral de tales comportamientos, que no podrían ya quedar al margen del mínimo ético exigido por una convivencia realmente humana.

Será aquí donde el relativismo ético incidirá de modo notable sobre la delimitación de lo jurídico. Tras el fracaso del relativismo ambiental plasmado en la Constitución de Weimar, del que el primer Radbruch fue claro exponente, las Constituciones de la posguerra lo descartan de plano, haciendo que el legislador quede vinculado por un preceptivo respeto al *contenido esencial* de los *derechos fundamentales*. La democracia deja así de consistir en un mero mecanismo procedimental, legitimador de la *voluntad de la mayoría*, que hacía superfluo el recurso a cualquier adicional razón justificadora; sistema democrático será ahora el que garantice los derechos ciudadanos evitando toda dictadura de la mayoría. Comprobado el fracaso del positivismo legalista, el derecho deja de identificarse con la ley y pasa a servirle de criterio controlador. Bastarán cinco minutos⁸ para que el antes relativista pase a exponer la aún llamada *fórmula de Radbruch*, que no considerará ya como derecho a lo que habría que considerar como legalidad antijurídica. La caída del muro berlinés, cuyo aniversario pronto celebraremos, resucitó este debate teórico⁹ a la hora de someter a juicio con aire retroactivo los disparos de los *vopos* contra los *osis* fugitivos.

Es obvio, aunque tienda a camuflarse en el doble lenguaje, que no cabe defensa y promoción alguna de los derechos humanos sin partir de una objetividad ética. Sería absurdo que el legislador democrático se viera condicionado por meras reparos subjetivos. La constatación de esa objetividad ética en el plano ontológico no elimina, sin embargo, previsibles dificultades a la hora de su captación racional, que no implican relativismo alguno. La objetividad ética no está reñida con el pluralismo, lo mismo que la verdad de las realidades físicas no excluye sino que alimenta el debate

8. RADBRUCH, G., "Cinco minutos de filosofía del derecho", en *Relativismo y derecho*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1992, pp. 71-74.

9. KAUFMANN, A., "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 2 (1995), pp. 81-86; ALEXY, R., "La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", en *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004, sobre todo pp. 199-218.

científico. Precisamente porque algo es verdad su conocimiento científico será más verdadero o falso en la medida en que sea capaz de dar cuenta de ello más acertadamente. El pluralismo no es sino la expresión plástica de la diversificada búsqueda de un contenido unitario. Se podrá compartir la relevancia política de la libertad, la justicia y la igualdad, pero el alcance de sus exigencias acabará expresándose pluralmente.

El problema surge cuando el pluralismo deja de entenderse de modo procedimental y se lo pretende exigir de modo substancial. Se invierte así la vieja idea fundamentalista de que la pluralidad de opiniones era síntoma de error, con lo que se negaba valor a un pluralismo que equivaldría a propiciar un paradójico derecho a equivocarse. Ahora resulta que la existencia de un mayoritario consenso respecto a determinadas cuestiones deja de percibirse como síntoma de acercamiento a la verdad, para aparecer como palmaria prueba de opresión. Mientras que antes se partía de la base de que la verdad acabaría imponiéndose, eliminando discrepancias, ahora se postula que entre personas inteligentes un excesivo acuerdo sería un sospechoso síntoma de imposición. Rawls hace suyo este prejuicio de cuño sociológico: “la diversidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales presente en las sociedades democráticas modernas no es un mero episodio histórico pasajero; es un rasgo permanente de la cultura pública democrática”; en consecuencia, “un entendimiento continuo y compartido sobre una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral sólo puede ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal”¹⁰.

Tampoco entre nosotros falta quien haya convertido en obsesivo motivo de escándalo la promesa evangélica de que la verdad hace libres, malentendiéndola como si fuera obligado contraponer ambos términos¹¹ y sólo negando la libertad pudiera aspirarse a la verdad. Bien es cierto que todo ello alimentará en los aquejados de tal manía, al margen de todo relativismo, un envidiable celo a la hora de atribuir a sus opiniones personales una capacidad liberadora de la que ya quisiera poder disfrutar la más indiscutida verdad¹².

10. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 66-67.

11. Es ya viejo tema en mi colega PECES-BARBA, G.; por ejemplo, “La tolerancia: entre la verdad y la libertad”, ABC (27.VI.1994), o “Fundamentalismo y tolerancia”, ABC (30.VI.1995).

12. Aspirará años después a contribuir a “la forja de las mujeres y los hombres de nuestra democracia”, desde “el reconocimiento del papel no neutral, sino político, que tiene la educación formal e institucionalizada en cada sociedad”, en consecuencia “incompatible con el subjetivismo y el relativismo”. PECES-BARBA, G. y col., *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2007, pp. 13, 25 y 27.

No es extraño que todo ello desemboque en un peculiar pluralismo de planteamiento único. Aplicado al ámbito educativo, ya se nos había anunciado que, aunque el Tribunal Constitucional afirme lo contrario, “la enseñanza pública tiene un ideario”, mientras que “la enseñanza privada opta por desarrollar el propio y dejar en segundo lugar el general”. Éste debe ser considerado, “sin embargo obligatorio para todos”, superando los “idearios parciales”. Habría que defender “el ideario constitucional”, ya que es de temer que “los idearios de los centros privados no tengan esa visión total de la ciudadanía, de bien común y de interés general, sino que más bien favorezcan la fragmentación y la mentalidad de sociedad privada”, con lo que ya “no hay sitio para despertar la curiosidad, ni para suscitar el espíritu crítico: sólo hay sitio para la competencia y la lucha por la promoción”; puro darwinismo social... Lo que no es sino el ejercicio de un derecho fundamental aparece, una vez más, como actividad tolerada: “la Constitución de 1978 establece el derecho a la educación, pero permite la enseñanza privada e incluso la puede subvencionar”¹³.

Como he resaltado en ocasiones anteriores aspectos que me parecen positivos de la doctrina de Rawls sobre el liberalismo político, no vendrá mal que apunte algún otro que me parece que está encontrando desarrollos menos afortunados. Me refiero a la presunta existencia para algunos de una doble ética, que resulta tan absurda como el intento de proponer una teoría de la doble verdad. En lo que al fundamento de sus exigencias se refiere, la ética es siempre unitaria, sin perjuicio de que puedan apuntar al logro de objetivos diversos: eudemonistas, si orientan para alcanzar la felicidad, utilitarista, si encauzan hacia una rentable o placentera utilidad etc. Asunto distinto es que, como ya hemos visto, de esa unitaria fuente deriven exigencias jurídicas o sólo morales, según se persiga como mínimo ético la salvaguardia de la convivencia o se aspire al máximo desarrollo de la personalidad, de acuerdo con una u otra antropología.

La obligada distinción entre derecho y moral se traduce así en una presunta escisión entre *ética pública* y *ética privada*. Se presta a ello sin duda la distinción de Rawls, acuciado por su pluralismo entendido como imperativo substancial. Intenta nutrirlo de doctrinas comprensivas de *lo bueno*, con arreglo a las que cada cual tendrá su alma en su almarío, y decantar así exigencias de *justicia política*, fruto de un consenso entrecruzado o por solapamiento. Tras preguntarse si “es posible que se dé una sociedad

13. PECES-BARBA, G., “Las luces y las sombras”, *El País* (22.8.2006).

estable y justa, cuyos ciudadanos, libres e iguales, estén profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales encontradas”, responderá que “en tal sociedad, una doctrina comprensiva razonable no puede asegurar la base de la unidad social, ni puede suministrar el contenido de la razón pública en cuestiones políticas fundamentales”, por lo que resulta indispensable “un consenso entrecruzado de doctrinas comprensivas razonables”¹⁴.

Tal solución parece resultar para el laicismo español demasiado inocente. Rawls no concibe a ningún ciudadano que no suscriba alguna doctrina comprensiva, equiparando como tales las filosóficas, ideológicas o religiosas. Es más, descartará expresamente que un creyente deba dejar de actuar como tal¹⁵ para aportar su contribución a la delimitación de la *razón pública*. La versión hispana busca mayor tronío, dando a la distinción entre público y privado un sesgo laicista no imputable a Rawls. Según esta variable, como doctrinas comprensivas no razonables hay que entender las religiosas y en concreto, por insoportables razones sociológicas, la católica. Los agnósticos no hay peligro de que pretendan imponernos sus convicciones, porque por lo visto no las tienen, o al menos tienen —no se sabe bien por qué...— la rara fortuna de que siempre merecen el pedigrí de ética pública. La hegemonía de lo católico en España habría que atribuirla a una sostenida opresión...

Los planteamientos católicos, sea cual sea su alcance civil, se verán así convertidos —por religiosos— en arquetipos de ética privada, mientras que a los agnósticos, hasta soñando, todo se les acaba ocurriendo con etiqueta pública. No parecen muy dados los católicos españoles a denunciar tan burda discriminación. Ha tenido que venir el mismísimo Habermas a echar una mano.

A su modo de ver, “el Estado liberal incurre en una contradicción cuando imputa por igual a todos los ciudadanos un ‘ethos’ político que distribuye de manera desigual las cargas” entre ellos. Suele estipular a la vez la necesidad de que los creyentes traduzcan sus razones, de modo que resulten compartibles por los agnósticos, mientras que a las de éstos se les atribuye

14. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 165.

15. “La razón pública no exige a los ciudadanos erradicar sus convicciones religiosas y pensar acerca de aquellas cuestiones políticas fundamentales como si partieran de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas del pensamiento moral. En realidad, esta concepción sería de todo punto contraria a la idea del consenso entrecruzado”. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 279, nota 33.

automáticamente una “precedencia institucional”; esto acaba exigiendo a los creyentes “un esfuerzo de aprendizaje y de adaptación” que se ahorran los agnósticos. La solución habermasiana sería pasar a exigir “la ética democrática de la ciudadanía” razonablemente “a todos los ciudadanos por igual”, lo que implicaría que tanto los ciudadanos creyentes como los agnósticos “recorran procesos de aprendizaje complementarios”¹⁶. Es fácil encontrar entre nosotros una receta absolutamente opuesta, según la cual “tanto el creyente ciudadano como el ciudadano creyente son dos modelos a rechazar”¹⁷.

Es bien sabido que los católicos –de León XIII para acá– han venido entrenándose en aprender a argumentar en el espacio público democrático. Que a los islámicos les quedan algunas horas más de clase fue lo que sugirió, provocando algún escándalo farisaico, Benedicto XVI en Regensburg. Pero sugerir que a muchos agnósticos también les queda por cursar un master al respecto es, hoy por hoy, privilegio de Habermas.

Esto explica que, entre nosotros, si un ciudadano pretende aportar la solución en su opinión más razonable para un problema de clara relevancia pública se le atenderá con respeto; pero si es católico se verá acusado de perpetrar una invasión ilegítima o innecesaria de su moral privada en el ámbito jurídico; como si las propuestas de los demás fueran amorales. Para que tal situación no fuera tachada de discriminación pura y dura, sería preciso determinar algún fundamento objetivo y razonable que justificara tan nítida desigualdad de trato.

No resulta del todo extraño tan llamativo escenario, ya que idéntica discriminación se acaba consumando rutinariamente en el marco de planteamientos éticos que gozan hoy de patente de imparcialidad, incluido el habermasiano. La llamada *ética discursiva* aspira a establecer pautas éticas gracias a un proceder dialógico entre iguales, dispuestos a llegar a un consenso convirtiendo en propios los argumentos ajenos. El problema surgirá porque tan inocente método lleva en sí mismo el veto al reconocimiento de *absolutos morales*, sin los cuales determinadas propuestas éticas perderían su propia identidad. Si se parte, por ejemplo, de la exigencia ética de que no cabe matar, no tiene mucho sentido convertir en objeto del discurso

16. HABERMAS, J., “La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el ‘uso público de la razón’ de los ciudadanos religiosos y seculares”, en *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 144, 147-148.

17. PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 17.

en qué casos y hasta qué punto cabe hacerlo. Para quien considera que todo aborto implica suprimir una vida humana, discutir sobre si podrá o no abortar sin conocimiento de sus padres una chica de dieciséis años no será sino una poco disimulable maniobra de distracción. La prometida imparcialidad acaba así consistiendo en la imposición indiscutible de una ética sin absolutos morales. Se rompe pues la presunta igualdad, porque el que sí los suscriba resultará descalificado a priori como posible interlocutor.

Lo más curioso del asunto es que los sistemas constitucionales en vigor, incluido el español, serían ininteligibles sin la admisión de *absolutos jurídicos*. Al legislador no se le permite en ningún caso relativizar el contenido esencial de los derechos fundamentales, que han sustituido como clave democrática legitimadora al principio de las mayorías, convertido ahora en uno más de sus ingredientes, tan necesario como insuficiente. Pero el doble lenguaje resulta instrumento de notoria utilidad en una sociedad ya habituada a mirar hacia otro lado fascinada por el prestidigitador de turno. La herencia de la posguerra, lucrada a costa de tanto sufrimiento, queda sí en almoneda.

Como hace decenios, la mirada hacia otra parte acaba condenando a ese *tercero desconocido*, al que sería aplicable la dolorida queja recientemente expresada al constatarse que su “amarga condición pasa desapercibida tantas veces ante los ojos distraídos de la sociedad”¹⁸. Puede tratarse de un ser humano al que se ha negado caprichosamente de modo totalitario la condición de tal, porque al parecer un ser se convertirá en humano cuando lo decida la ministra de turno; o también de un anciano que verá en peligro su vida, porque ha quedado fuera de foco ante ese audaz desmasificador de los servicios médicos de urgencia, que –por sí y ante sí– ha decidido que están innecesariamente repletos de víctimas del oscurantismo religioso.

Las consecuencias distan de ser irrelevantes, La dignidad de la persona, presunto fundamento de nuestro sistema constitucional (artículo 10.1 CE) se ha convertido jurídicamente en una bella palabra para no decir nada. Como se apuntó en un agudo voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la regulación legal de la reproducción humana artificial, no parece muy razonable considerar obligada una actitud “para desarrollar los derechos fundamentales y no para desarrollar lo que, materialmente, es el tronco del gran árbol. Dar un tratamiento constitucio-

18. BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, 64.

nal distinto al tronco y a las ramas” que con su savia estaría alimentando no constituye en efecto un monumento al sentido común¹⁹.

Pero no nos encontramos ante una peculiaridad hispana. Winfried Hassemer, vicepresidente durante años del Tribunal Constitucional Federal alemán, no ha dudado en escribir que no encuentra “ningún principio fundamental de ética o derecho que reúna bajo sí aplicaciones casuísticas tan dispares como el de la dignidad humana”. De ahí que proponga una “reducción y relativización” de argumentaciones derivadas de ella. De optarse por lo contrario, se “mata el discurso”, impidiendo una argumentación capaz de lograr el reencuentro de valor y derecho²⁰.

Que la dignidad jurídica no signifique jurídicamente nada no dejaría de tener para algunos su ventaja, ya que abre gozosamente las puertas a una tómbola de los derechos. Cuando, en la Subcomisión sobre Parejas de Hecho constituida en el Congreso de los Diputados, pregunté al entonces menos conocido señor Zerolo (que comparecía como líder gay) qué entendía por derechos, ya que de ellos hablaba con notable profusión, me brindó una definición sintomática: un derecho sería simplemente un deseo que logra consenso social. La verdad es que se excedió en las exigencias, ya que en realidad ni siquiera se requiere consenso alguno; basta con la mera indiferencia ante la reivindicación de turno. Más de un ciudadano, una vez planteado el deseo por el lobby de turno, no ha ocultado su actitud: por mi, como si se tiran por la ventana...

Como consecuencia, una conducta delictiva despenalizada no verá sólo suspendida la asignación de una sanción penal, ni siquiera se verá convertida en no prohibida, permitiendo al autor aprovechar un novedoso espacio de *agere licere* o actuar lícito²¹, sino que aparecerá de inmediato como

19. Epígrafe 2 del voto particular de M. Jiménez de Parga a la STC 116/1999 de 16 de junio. BELLVER CAPELLA, V. apunta irónicamente que el texto de la sentencia se podría “reescribir de una manera tan ridícula como fiel” a lo que dice: “la dignidad de la persona no es un derecho fundamental, es tan sólo fundamento del orden político y de la paz social”. En “El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 11 (1999), p. 125.

20. HASSEMER, W., “Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana”, *Ars Interpretandi*, n. 10 (2005), pp. 132, 133 y 130-131.

21. Significativo el rechazo del Tribunal Constitucional a la existencia de un derecho a la muerte, con ocasión de la huelga de hambre de los terroristas del GRAPO. Que pudieran “disponer sobre su propia muerte” sería sólo “una manifestación del ‘agere licere’, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del

derecho prestacional en el imaginario colectivo y, no mucho después, en el propio ordenamiento jurídico.

La presunta neutralidad moral de lo jurídico se convierte así en una broma pesada, dado el inevitable efecto normalizador de conductas que, con mucha mayor eficacia que el represivo, lleva la norma jurídica consigo. Ello obliga al jurista —de modo especial al legislador y al juez— a ejercer una ética de la responsabilidad atenta a las consecuencias prácticas de medidas permisivas aparentemente inocuas. Sólo su profunda ignorancia jurídica puede explicar la trivialidad con la que algunos bioéticos españoles minusvaloran el argumento de la llamada *pendiente resbaladiza*. Una vez más Habermas, madurado por la experiencia de la *banalidad del mal*²², se ha permitido la gallardía de salirse de la fila. Teme que se produzca una “pérdida de sensibilidad de nuestra visión de la naturaleza humana”, al “prever que la frontera de tolerancia de lo originariamente considerado como *normal* se irá difuminando con los acumulativos efectos de acostumbramiento fruto de normas sanitarias”, hasta llevar a un “trato cosificador de la vida humana”. Todo ello daría paso a una sumisión a la “fuerza normativa de lo fáctico”, de la mano de una “escéptica opinión pública”, que considera que la dinámica de “ciencia, técnica y economía” genera unos hechos consumados que no cabe despejar éticamente. Pronostica una devaluación de “las poco entusiastas posturas disidentes en el ámbito de una investigación ya financiada por el mercado de capitales”²³.

Todo esto invita a detectar la existencia de una versión jurídica del bien conocido principio de Arquímedes. Cabría formularla así: un principio moral, introducido inconfesadamente en el ordenamiento jurídico, acaba cobrando en la práctica una fuerza similar a la que ejercía el principio al que desaloja; valga como ejemplo lo que viene ocurriendo con el respeto a la vida. La conducta inicialmente sólo tolerada encuentra inmediato apoyo jurídico en la inexistencia de un deber de omisión. Nuestro Tribunal Constitucional lo expresó con todo lujo de detalles a propósito del aborto: “la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los par-

poder público”: STC 120/1990 de 27 de junio, F.7. Afirmación reiterada en la STC 137/1990 de 19 de julio, F.5 y en la STC 11/1991 de 17 de enero, F.2.

22. Al respecto, como es sabido, ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, Lumen, Barcelona, 1999.

23. HABERMAS, J., *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 2002 (4ª ed. ampliada), pp. 122, 149 y 161, así como pp. 36-37.

ticulares tengan al respecto otros *deberes* sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la Ley penal castiga”. No sólo no hay ya deber sino que de ello derivaría, por el contrario, el “*derecho* a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito perseguible en España según la legislación vigente”²⁴.

Como se ha recordado recientemente, los derechos desprovistos de deberes que puedan hacerlos efectivos quedan reducidos a pura retórica. “En la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que sólo son titulares de derechos”. De ahí la necesidad de una “reflexión sobre los deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales éstos se convierten en algo arbitrario”. Eso explica que hoy “mientras, por un lado, se reivindicán presuntos derechos, de carácter arbitrario y voluptuoso, con la pretensión de que las estructuras públicas los reconozcan y promuevan, por otro, hay derechos elementales y fundamentales que se ignoran y violan”²⁵.

Convertida por vía jurídica una conducta minoritaria en *normal*, pesará sobre la mayoría la carga de no verse afectada por la norma. Lo llamativo no es que el Tribunal Supremo de un país civilizado reduzca la objeción de conciencia a capricho del legislador de turno; lo asombroso es que se produzca en un marco social en el que una insólita oleada de objeciones deja en evidencia que se está legislando contra la mayoría.

Particular eficacia en todo esta reconversión del código moral de la sociedad, realizada utilizando al derecho como instrumento, es la imponente afirmación de que *no cabe imponer convicciones a los demás*. Si alguien les arremete con este nuevo imperativo categórico den por hecho que pretende imponerle las suyas. Ya lo señaló mi paisano Antonio Machado, con metáfora involuntariamente profética: “Zapatero, a tu zapato, os dirán. Vosotros preguntad: ¿y cuál es mi zapato?” Y para evitar confusiones lamentables, “¿querría usted decirme cuál es el suyo?”²⁶.

Se postulará en consecuencia una voluntarista operación que convertiría en maestro de ética al mítico torero que afirmaba que *lo que no puede ser no puede ser; y además es imposible...* Se tratará nada menos que de plantear como necesario un repliegue del derecho, que le lleve a abandonar ámbitos de pública conflictividad moral. El propio John Rawls avaló la

24. STC 75/1984 de 27 de junio, F.6; cursivas nuestras.

25. BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, 43.

26. MACHADO, A., *Juan de Mairena*, Castalia, Madrid, 1972, p. 245.

receta, animando a “eludir las controversias religiosas y filosóficas más profundas con objeto de no perder la esperanza de conseguir una base para un consenso entrecruzado estable”. La situación no dejará de resultar paradójica. Él mismo líneas antes había dado por hecho que “determinados asuntos son eliminados de la agenda política” y en consecuencia “dejan de ser considerados como objetos propiamente dichos de decisión política sujeta a la regla de la mayoría, o a otra regla electoral pluralista”. No tendría sentido, por ejemplo, plantear un debate parlamentario sobre la esclavitud²⁷, sin duda porque su rechazo se considera fuera de discusión. Ahora, implícita y quizá inadvertidamente, hace lo mismo con los problemas moralmente controvertidos, con lo que la queda fuera de discusión es una opinión moral minoritaria discrepante, paradójicamente equiparada a una libertad fundamental.

Si surgiera, por ejemplo, en la sociedad un enconado debate moral sobre la posible fabricación de embriones para hacer uso de sus células, el derecho debería abstenerse de ocuparse de la cuestión; con lo cual le concedería de hecho vía libre. En España asunto tan cómico resulta aún de más fácil digestión, en la medida en que a la opinión mayoritaria se la descalificará presentándola como fruto de prejuicios religiosos, dejándola así fuera del debate.

El problema que nos recordaba el legendario torero es que, como bien saben los anarquistas, el único modo de que el derecho no imponga convicciones es que deje de existir, porque precisamente para eso se inventó. Para que cada cual haga lo que mejor le parezca no hace falta derecho alguno. En el cielo no parece haber ordenamiento jurídico; ni siquiera canónico... Si esperamos a que los presuntos liberadores de pueblos se convenzan de que matar no es de recibo, o a que los amigos de lo ajeno asuman que robar está feo, aviados vamos. Es obvio que son los menos convencidos los que hacen indispensable la existencia del derecho. La cuestión a discutir es qué conductas habrá que acabar imponiendo o excluyendo y por qué método.

Cuando se olvidan aspectos tan elementales se genera una perversa dinámica; el derecho deja de considerarse como *mínimo ético*, a la vez que se nos propone convertirlo en la feliz encarnación de una *ética mínima*. Sería un grave error pensar que nos hallamos ante un mero juego de palabras. Que el derecho, porque no pretende hacer al ciudadano feliz ni santo, sea expresión de un mínimo ético no implica en modo alguno que sus exi-

27. RAWLS, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 183-184.

gencias no impliquen notable esfuerzo. No es fácil pagar los impuestos; tampoco tratar a la mujer como a una igual²⁸, dentro de una cultura que ha venido largo tiempo considerando normal lo contrario.

La invocación a la ética mínima tiende a olvidar las exigencias, no pocas veces arduas, precisas para garantizar una convivencia realmente humana; se limita a constatar qué exigencias encontraría menor discrepancia. Acabamos por tanto igualando por abajo. No pocos ejemplos al respecto nos ofrece la compleja elaboración de una posible Constitución para Europa. Los mismos que adoptan autosuficientes aires civilizadores ante los exóticos inmigrantes recién llegados, confiesan en sus normas sin reparo que Europa hoy día no sabe qué es la familia ni el matrimonio: remite a las legislaciones de los Estados miembros para que puedan contar con las oportunas guías de instrucciones. Se invita pues al recién llegado a integrarse en no se sabe qué, porque para multiculturalismo el que la propia Europa tiene internamente indigestado...

Al final será el dinero el que acabe fijando la ética mínima a seguir. Se nos sugerirá que las normas jurídicas que regulen la biotecnología sean uniformes en el ámbito cultural europeo. La consecuencia será que los experimentos de hibridación hombre-animal, largo tiempo excluidos, desbordarán las exigencias de la ética mínima por el mero hecho de que los británicos han optado ya por propiciarlos. El derecho acabará así yendo de la mano de una ética progresivamente minimizada. Olvidado ese mínimo ético que aspiraba a garantizar una convivencia humana, la vida social acabará situada bajo mínimos.

Parece obligado admitir que si todo derecho lleva consigo una dimensión moral y existe precisamente para imponer —guste o no— convicciones a los demás, lo más democrático será que se tengan en cuenta las de la mayoría. Por supuesto respetando la constitucional garantía de los derechos, entre ellos el de hacer posible el recurso a la objeción de conciencia.

Por lo demás, en un sistema democrático, los inevitables ingredientes morales del derecho han de ser fruto de un debate expreso que no oculte los principios contrapuestos en juego. Particularmente perturbadora se muestra en este aspecto la imposición de una minoritaria perspectiva laicista, que pretende convertir a la mayoría de la población en ciudadanos sometidos

28. En qué medida lo pone de relieve nuestra praxis jurídica lo he analizado en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

dos a tutela, al atribuir a su convicción religiosa una arbitraria minusvalía civil. Con ello se empobrece el debate democrático al yugularse la expresión real del pluralismo político de la sociedad.

Se ha recordado recientemente cómo “la doctrina social de la Iglesia ha nacido para reivindicar esa *carta de ciudadanía* de la religión cristiana” y que “la negación del derecho a profesar públicamente la propia religión y a trabajar para que las verdades de la fe inspiren también la vida pública, tiene consecuencias negativas sobre el verdadero desarrollo”. Benedicto XVI no ha dudado en equiparar “la exclusión de la religión del ámbito público” con “el fundamentalismo religioso”, porque ambos “impiden el encuentro entre las personas y su colaboración para el progreso de la humanidad”²⁹. Frente a los que, displicentemente, pretenden mostrarse tolerantes hacia unas convicciones religiosas que no comparten, es obligado recordar que los derechos fundamentales son exigencias de justicia que no están sometidas a la benevolencia del gobernante sino que han de condicionar su actuación.

29. BENEDICTO XVI carta encíclica *Caritas in veritate*, 56.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.